

# 主觀的不能論

三木正雄

## 目次

第一章	總說
第二章	原始不能
第一	權利の欠缺
第二	無資力
第三	其他の場合
第三章	後發不能

## 第一章 總說

給付の不能に客觀的不能と主觀的不能との區別を認める必要があるか否かに就ては、我民法の解釋上學說が分れてゐる。(註1)

註1 ドイツ民法は BGB. § 275 „Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines

nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat unmöglich wird. Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.“と規定してゐる。同條第二項に所謂 Unvermögen des Schuldners zur Leistung が、債務者の無資力ないふのではなく、主觀的不能 (subjektive Unmöglichkeit) を指してゐるのであることは、三濱博士(獨逸法律類語異同辨一三二頁)が說かれるが如くである。従つてドイツ民法が履行不能の中に客觀的不能のみならず主觀的不能をも包含せしめてゐることは明らかであるが、我民法四一五條はドイツ民法二七五條と規定を異にするから、之を以て我民法の解釋に其儘當てはめることを得ない。

多數説は原始的不能に付ても亦後發不能に付ても、兩者を區別すべき必要ありとし、其理由として、給付が始めから客觀的に不能なときは債務は發生するを得ないが唯主觀的にのみ不能なときは、寧ろ債務を發生せしめて之を債務不履行の問題に歸せしめるのを妥當とすべく、又債務發生後給付が主觀的に不能となるとも、債務者の故意又は過失に基くと否とを問はず尙履行請求權が存續するものとなすのが、第三者の辨濟を認めた趣旨にも適合するし、殊に債務者の貧困病氣等による、給付の不能によつて債務を免れしめるのは頗る不當であると説いてゐる。(註) 要するに此説によれば、原始的不能の場合にも債權の發生を認め、後發的主觀的不能の場合にも履行請求權の存續を認めるのであるから所謂主觀的不能は眞の意味の不能に非ず、眞の意味の不能としては唯客觀的不能があるのみといふに歸する。

以下に於て原始不能と後發不能の各場合に付き此説の當否を檢して見やう。

註 鳩山博士債權法總論一四七頁。

## 第二章 原始不能

### 第一 權利の欠缺

—

所謂原始的主觀的不能のうち先づ權利の欠缺(例へば他人の物の賣買の場合を見るに、他人の權利の賣買等が債權契約として有効に成立し得ることは理論上疑ない。即ち債務者が其權利を取得して之を債權者に移轉すべき義務を負ふに至るものとして契約は有效なのである。我現行民法がフランス民法(Art. 1599. La vente de la chose d'autrui est nulle. 他人の物の賣買は無効である)及同法系に屬する立法例(例へば我舊民法財産取得編四二條「他人ノ物ノ賣買ハ當事者双方ニ於テ無効ナリ然レドモ賣主ハ賣買ノ際其物ノ他人ニ屬スルコトヲ知ラサルニ非サレハ其無効ヲ援用スルコトヲ得ス」と異り「他人ノ權利ヲ以テ賣買ノ目的ト爲シタルトキハ賣主ハ其權利ヲ取得シテ之ヲ買主ニ移轉スル義務ヲ負フ」と規定したのは此理由に基くのである。(此點に關しては立命館三十五周年記念論文集法經篇所載末川博士「他人の權利の賣買」三二九頁以下參照)。

斯様に權利欠缺の場合に於ても權利取得從つて移轉の可能性は存在し得るのであり、契約從つて債權は決して不能の事項を目的とするものと謂ふことを得ない。通常學者は之を原始的主觀的不能の一場合と爲すのであるが、眞の意味の不能でないことはいふまでもない。

## 二

然るに同じく此場合に於ても、具體的な周圍の事情例へば現權利者の其物又は權利に對する執着とか現權利者と債務者との不和とかによつて、債務者が適當な手段を講ずるも、其權利を取得して之を債權者に移轉することが著しく困難であり、不能と解すべき程度にあることが契約當初より客觀的に明らかな場合が存する。斯かる場合に於ては債權は原始的に不能なる故成立することを得ない。蓋し此場合現權利者又は他人が給付することは可能なりとするも、債務者自身が給付することが不能な限り、履行請求權の發生を認めることは理論上不可能であり、且之を認める實際上の必要もないのである。それでは此場合當事者間に全く何等の關係も發生しないのであるか、又契約自體も債權の不成立によつて無効と解すべきか。次に此問題を有償契約と無償行爲の各場合につき考察しやう。

## 三

先づ有償契約の内容が債務者が他人の權利を取得して之を債權者に移轉するといふ場合に於て、

其不能なことが契約當初より客觀的に確定してゐるときにも、之が確定してゐない場合と同様五六一條乃至五六四條が適用されるものと解すべきである。蓋し之等の規定は廣く他人の權利に關する有償契約に於ける當事者保護の爲めに設けられたものといふべく、給付の不能が契約當初より客觀的に確定してゐたか否かによつて其適用を異にする必要を見ないのである。従つて五六一條が前條ノ場合といふのは、他人ノ權利ヲ以テ賣買ノ目的トシタルトキの意味に解すべきである。それでは五六一條以下適用の結果如何といふに、損害賠償請求權及び權利の一部が他人に屬する場合(五六三條)の代金減額請求權解除權の發生は問題ないが、權利の全部が他人に屬する場合に於ける解除權に付ては疑問の餘地がある。不能が契約當初より客觀的に確定せる場合には債權は成立せず、従つて契約も初めより有効に成立しないから、契約解除の問題を生じないものと解すべきが如くであるが、予は此場合に於ても買主は解除權を有するものと解するの實際の結果から觀て妥當と信ずる。斯くの如く有償契約の内容が債務者が他人の權利を取得して之を債權者に移轉するといふにある場合に於て、給付の不能が契約當初から客觀的に確定してゐるときには、債權は發生し得ないが、債權者は五六一條乃至五六四條の規定によつて保護される。尙斯様な無效の契約を締結したこと付て債務者に故意又は過失がある場合には、所謂契約締結上の過失の問題、債權者は不法行爲に基く損害賠償請求權をも與へられ權利の競合を生ずる。

## 四

次に無償行爲の内容が債務者が他人に屬する權利を取得して之を債權者に移轉するにある場合に於て、給付の不能が行爲當初から客觀的に確定してゐる場合如何といふに、贈與に關しては、上述有償契約の場合に五六一條以下の適用を認めると同様の理由によつて、五五一條の適用あるものと解すべきである。即ち給付の原始不能によつて、債權は成立することを得ず、贈與契約は無効なると共に、無償行爲の性質上贈與者は受贈者に對して何等の責に任じないのを原則とする（五五一條一項本文）。唯贈與者が權利の欠缺を知り乍ら之を受贈者に告げなかつた爲め、受贈者が善意であつた場合にのみ例外的に贈與者は擔保責任として損害賠償債務を負擔する（五五一條一項但書）。しかも其場合賠償さるべき損害は所謂消極的契約利益（受贈者が權利の欠缺なきものと信じた爲めに受けた損害丈けに止まり、履行利益欠缺なき場合に受くべかりし利益）に及ばないと解すべきである。此損害賠償債務が契約締結上の過失を理由とする不法行爲に基く損害賠償債務であるか、それとも不法行爲に基く損害賠償債務は之と競合して別個に存在するかは疑問である。

次に遺贈に付ては一〇九九條は相續財産に屬しない權利を目的とする遺贈の爲された場合に、遺贈義務者が其權利を取得して之を受遺者に移轉することを得ないときに遺贈義務者の價額辨償義務を認めてゐる。前述有償契約及び贈與の場合との鈎合及び遺言者の意思よりすれば不能が遺言

作成當初より客觀的に確定せる場合にも此規定の適用を認むべきが如くであるが、同條の文言よりすれば、之を肯定するに躊躇せざるを得ない。

## 第二 無 資 力

債務者の無資力によつて給付を爲し得ないことが當初より客觀的に確定してゐる場合があり得る。主として金錢債務、種類債務に付て生じ得るも、特定債務に付ても發生し得る。例へば他人の權利の賣買の場合に、賣主の無資力の故に其權利を取得して之を買主に移轉するを得ないことが契約當初より確定せる場合の如きである。此場合には前述の五六一條以下の規定は適用されない。之等の諸規定は賣主が適當な手段を講ずるも即ち相當の出捐を爲すも、權利を取得し得ない場合の規定なる故である。

斯かる場合には給付の不能は原始的に確定してゐるのであるから、債權は始めから成立することを得ない。それでは此場合債權者は如何なる保護を與へられるかといふに、權利欠缺の場合と異り何等の特別規定もない。併し乍ら債權者は所謂契約締結上の過失の理論によつて、不法行爲に基く損害賠償請求權を與へられる場合がある。尤も之によつて賠償さるべき損害は消極的契約利益に止まることいふまでもない。

債務者の無資力は債權を不成立に終らしめること上述の如くである。だが如何なる場合に當該債務の履行を爲す資力が履行期にないことが當初から確定してゐると斷定すべきかは容易ならぬ問題であり、従つて債務者が無資力を證明して債務の不成立を主張することは實際上極めて困難であり、寧ろ不可能といふべきである。故に理論上は債務者の無資力による債權の不成立を認めざるを得ないのであるが之によつて債權者に不當な不利益を與へるやうなことは實際問題としてあり得ないであらう。

### 第三 其他の場合

債務者の病氣其他の理由によつて、給付を爲し得ないことが契約當初から客觀的に確定してゐる場合に於ても債權は原始的不能によつて成立することを得不い。尤も債務者自身に病氣其他の故障あるも、履行補助者の使用によつて契約の本旨に従つた履行を爲し得る場合には債權は有効に成立し得ることいふまでもない。唯專屬的給付の場合にのみ斯かる原始不能を生ずるのである。

以上論じ來つたやうに、所謂原始的客觀的不能の場合には給付の不能が原始的に確定してゐることがあり得るのであつて、斯かる場合に於ては所謂原始的客觀的不能の場合と同様債權の成立を認めることを得不い。唯債務者の擔保責任乃至は契約締結上の過失に基く不法行爲による損害賠償



の問題を生ずるに過ぎないのである。従つて原始不能に客觀的不能と主觀的不能の區別を認め、前者は債權を不成立に終らしめるに反し、後者は債權の成立を妨げないといふが如き説は到底之を支持することを得ない。

### 第三章 後發不能

我民法上給付の不能に客觀的不能と主觀的不能の區別を認むべきや否やの問題は主として後發不能に付て論ぜられる。多數説は前述の如く此區別を認めて、客觀的不能のみが履行不能たり得るものとし、主觀的不能は毫も債權の存續に影響を及ぼさないと爲してゐる。その理由は主として次の諸點にあるやうである。

(イ) 四一五條の文言は此見解を探り得る餘地がある。

(ロ) 債務は元來債權者債務者間の關係であるけれども、債務者の給付不能に對する責任を決定するに當つては、當該債務者のみに不能なるか、或は他の者が債務者の地位にあるも尙不能なるかを斟酌するを正當とする。

(ハ) 主觀的不能の場合に履行請求權は尙存續するものと解するのが、民法が第三者の辨濟を認めた趣旨に適し且實際上の結果も優つてゐる。

(三) 債務者の貧困、病氣、旅行等により給付を爲し得ない場合に履行の責任を免れしめるのは頗る不當である。

以下に多數説が理由とする之等の諸點を考究しやう。

# 一

四一五條が「履行ヲ爲スコト能ハサルニ至リタルトキ」といふのは、客觀的不能のみを指すものとも、又主觀的不能をも包含するものとも解し得る。従つて四一五條の文字解釋は多數説を持すべき理由たり得ないと共に否定すべき根據ともなり得ない。

# 二

多數説は債務者の給付不能に對する責任を決定するに當つては、債務者のみに不能なのかそれとも他の者にも不能なのかを斟酌せねばならないといふのであるが、給付が不能なりや否やは債務者の責任とは全く別個の問題である。何となれば給付が不能なりや否やは、債權の内容を實現し得るや否やの問題なるに反し、債務者の責任は先づ給付の不能が確定して後、始めて論ぜらるべき問題なるが故である。論者(鳩山博士「債權法總論」一四八頁)自身が「給付不能ニ對スル責任」といつてゐるのは、此事を最も明白に證明してゐる。

斯様に給付の不能なりや否やは、債務者の責任とは別個の事柄である。而して債務は債權者債務

者間の對人的關係であり、給付は本來債務者の行爲であるから、給付の能不能も亦債務者のみを標準として決定されねばならない。(註)

註 近藤柚木兩氏註釋日本民法債權編總則上一四三頁。

このことは第三者が債權者又は債務者に對して、債務者の債務と關聯して、何等かの債務を負擔してゐる場合に於ても毫も異なる所はない。場合を分つて考へるに、

先づ連帶債務者が存する場合に於て、個々の連帶債務者の債務の履行の能不能は各債務者に付て決すべきこと言を俟たない。而して其中の一人の履行が不能なるときは、後述の如く所謂主觀的不能は總べて債務者の責に歸すべき事由による不能と爲すべきが故に、其者の債務は損害賠償債務に變更する。

次に保證人が存する場合は、更に之を保證人が債權者に對して保證債務を負ふに過ぎない場合と主たる債務者に對しても保證債務履行の義務を負ふ場合(例へば主たる債務者の委任に基く保證)に分つことを得る。前の場合に於ては主たる債務又は保證債務の能不能は夫々主たる債務者又は保證人のみに付て之を決すべく、從つて假令保證人の履行は可能なときでも、主たる債務者の履行が不能なときは、主たる債務は履行不能であると謂はざるを得ない。而して主たる債務が履行不能によつて損害賠償債務に變更するも、保證債務は依然として從來の内容を保持すべきことは、保證債務

設定の目的から云つて當然であり、このことは毫も保證債務の附從性に反するものではない。之に反して後の場合即ち保證人が債權者に對して保證債務を負ふと共に、主たる債務者に對しても保證債務履行の義務を負ふ場合に於ては前の場合と全く異なる。此場合には主たる債務者は保證人をして、自己に代つて履行を爲さしめ得るものなるが故に、主たる債務者自身の履行行爲が不能なるも、保證人の履行が可能なる限り、主たる債務の履行は不能といふを得ない。蓋し此場合の如く所謂非專屬的給付にあつては、債務者が他人をして履行を爲さしめたときは、債務者の給付があつたと言ひ得るのであつて、保證人の辨濟は保證人の爲した保證債務の履行たると同時に、主たる債務者の履行たる性質をも併せ有してゐるのである。このことは第三者が債務者に對して債務者に代つて履行を爲すべき義務を負ふ場合例へば履行引受に於ては常に同様である。斯かる場合に於てのみ債務者の履行不能を決するに當り、第三者の能不能を考慮することは、一見履行の能不能は債務者のみを標準として之を決すべしといふことゝ矛盾するが如くであるが、債務者の給付は必らずしも債務者自身の行爲を必要とせず、債務者は履行補助者の行爲によつても給付を爲し得るものなる故、此場合に於て第三者の能不能を考慮することは、結局債務者の給付の能不能決定の爲めに爲すものであり、何等の矛盾もない。

多數説は、主觀的不能の場合には、履行請求權の存續を認める方が、民法が第三者の辨濟を認めた趣旨に適し且實際上の結果も優つてゐると爲してゐる。だが債務者の給付が不能なる場合に、履行請求權の存續を認めることは理論上不可能であり、實際上も無意味である。廣く第三者の辨濟といふ場合には、第三者が何等の義務に基かずして辨濟する場合の外に、第三者が債權者又は債務者に對する辨濟義務に基いて辨濟する場合が包含される。此後の場合に付ては前項に述べた如く吾人の見解に従ふも何等不當な結果を導かない。更に前の場合即ち第三者が何等の義務に基かずして辨濟する場合は實際上も餘り多くないし、且假に之ありとしても、既に債務者の給付が不能に確定した後、に於て、債權者をして漫然第三者の辨濟を待たしめることは、債權者が不能に應じて適當な處置を採る機會を逸せしめる結果となり、却て實際上不當である。

#### 四

多數説が最も有力なる根據と爲す所は、若し債務者の貧困病氣、不在等によつて履行不能を生ずるものとすれば、債務者は之によつて債務を免れることゝなり、頗る不當な結果を生ずるに非ずやといふ點である。蓋し通説の主張するが如く、四一五條に所謂債務者ノ責ニ歸スヘキ事由を以て故意及び過失をいふものと解するときは、貧困病氣の如きは債務者の故意又は過失に基かない場合が多く、従つて債務者は履行の責を免れると共に損害賠償責任をも負はないといふ結果に陷るのである。

だが抑々四一五條に所謂「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」は、通説の如く之を故意及び過失の意味に解すべきであらうか。

我民法は債務不履行の主觀的要件に付ては、履行不能に關して上述の如く「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」に基づくことを必要とするに止まり、履行遲滞に關しては何等之を規定してゐない。此點はドイツ民法が債務者は原則として故意及び過失の責に任すべき旨 (BGB. §276. „Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten……“) を明定せるとは大いに趣を異にする。然るに通説は我民法が過失責任主義を原則とせること等を理由として「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」を以て故意及び過失を意味するものと解し、且履行不能と履行遲滞によつて此點に區別を設くべからざることを理由として、履行不能と履行遲滞とを問はず、一般に債務者は故意及び過失の責に任すべきものと解して、ドイツ民法と同一の結果を認めてゐる。而して履行不能と履行遲滞に付て、唯故意過失の立證責任が債權者にありや否やの點で區別してゐる。

だが翻つて考へるに、我民法は果して過失責任主義を原則とするや否や疑なきを得ない。損害賠償責任發生の主なる場合は權利侵害の存する時であり、債務不履行は不法行爲と並んで權利侵害の最も重要な場合である。従つて債務不履行が故意過失を要素とすることを明らかにして、然る後始めて我民法が過失責任主義を原則とせるものと言ひ得るのであつて、過失責任主義を原則とする

ものと解して、之を債務不履行が故意過失を要することの理由と爲すのは本末轉倒である。予は四一五條が故意又は過失と言はずして「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」といつてゐること、履行遲滞に付て何等の規定なきこと及び債務者に故意又は過失なくとも、苟しくも債務者の人的主觀的事由に基いて不能を生じたやうな場合には、寧ろ債務者をして損害賠償責任を負擔せしめるのを正當とするのと等を理由として、所謂「債務者ノ責ニ歸スヘキ事由」は故意及び過失のみならず、廣く債務者の一身に存する履行の障礙（人的事由）をも包含するものと解するを以て正當と信ずる。（註一）而して此意味に於ける債務者ノ責ニ歸スヘキ事由は履行不能に於けると同じく履行遲滞に就ても必要であるが、四一五條及び四一九條二項後段の解釋上、履行不能に於ては歸責事由の立證責任は債權者が之を負擔するが、之に反して履行遲滞に於ては債權者は之を負擔せず、逆に債務者が賠償責任を免れんが爲めには、遲滞が不可抗力に基いたことを立證せねばならない。（註二）此點は通說に於けると同様である。

註一 同說近藤柚木兩氏註釋日本民法債權法總則上二二八頁。

註二 四一九條二項後段は金錢債務の不履行に基く損害賠償につき、「債務者ハ不可抗力ヲ以テ抗辯ト爲スコトヲ得ス」と規定してゐる。其反對解釋によつて、金錢債務以外の債務の不履行に於ては、債務者は不可抗力の抗辯により債務不履行を否定し得るものと解することが出来る。而して四一五條と此規定とから履行不能と履滞とに付き本文に述べたやうな立證責任の差異を生ずるのである。

尙債務不履行の主觀的要件を私見の如く廣く解するときは、同條に所謂不可抗力即ち債權者債務者何れの責にも歸すべから

ざる事由の範圍は極めて縮小される結果となる。

再び債務者の貧困、病氣不在等による履行不能の問題に歸らう。債務不履行の主觀的要件たる債務者ノ責ニ歸スヘキ事由を以上の如く解するときは、債務者の貧困、病氣不在等は常に債務者の一身に存する履行の障礙として、之に基く不能は債務者に付き損害賠償責任を發生せしめる。従つて論者の非難するが如き不當なる結果を生ずる虞はない。

## 五

以上論じ來つた如く多數説の理由とする所は一として肯定し得るものはないのであつて、主觀的不能と客觀的不能とを區別せんとするが如き説は、到底之を支持することを得ない。以上の理由によつて吾人は原始不能に於ても、後發不能に於ても、主觀的不能と客觀的不能との區別を認めず、兩者共に履行不能として債權の不成立又は消滅を生ぜしめるものと解せんと欲するのである。次に後發不能に於ける吾人の見解の適用につき簡單に述べて此小論を終ることとする。

(イ) 權利の欠缺の場合に於て債務者が權利を取得して之を債權者に移轉することが契約當初から、不能に確定してゐるときは原始不能によつて債權は不成立に終るが然らざる場合には債權は有效に成立し得ること前述の如くである。此場合に於て一旦債權が成立した後に、債務者が權利を取得して之を債權者に移轉することが不能に陥つたときは後發不能を生ずる。而して此場合履行不



能の原因の一は債務者の權利を有せざる點にあること言ふまでもないが、之を以て此場合常に債務者の責に歸すべき履行不能が存するものといふを得ない。だが五六一條は其如何を問はずして擔保責任を認めてゐるから此點は問題にする必要がない。

(ロ) 債務者の無資力による履行不能は常に債務者の責に歸すべき履行不能として損害賠償責任を生ずる。唯金錢債務のみは例外的に無資力その他如何なる原因によるも履行不能を生ぜざるものと解する。何となれば金錢債務の履行不能を認めるとすれば、それは常に債務者の人的事由に基づく履行不能として損害賠償責任を發生せしめることとなる。然るに金錢債務の履行に代はる損害賠償は結局元の金錢債務と同一に歸するが故である。

(ハ) 病氣不在による履行不能も亦常に債務者の責に歸すべき履行不能である。假令債務者の十分の注意に拘らず罹病したる場合又は止むを得ざる不在例へば入營の如き場合でも同様である。